

Tilburg University

Maxis en Praxis

de Waard, B.W.N.

Published in:
AB Klassiek

Publication date:
2009

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
de Waard, B. W. N. (2009). Maxis en Praxis: Verbod van willekeur. In R. J. G. M. Widdershoven, B. J. Schueler, J. E. M. Polak, & T. Barkhuysen (Eds.), *AB Klassiek: Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd (6e druk)* (pp. 417-426). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

28. MAXIS EN PRAXIS

Verbod van willekeur

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 9 mei 1996, H01.95.0337, JB 1996, 158 (m.nt. F.A.M. Stroink), RAwb 1996, 104 (m.a. B.W.N. de Waard), AB 1997, 93, Gst. 1997, 7053, 9 (m.nt. J.M.H.F. Teunissen), AA 1997, p. 43 (m.nt. I.C. van der Vlies)

Verbod van willekeur na invoering van de Awb. Marginale toetsing.

Andere voor dit thema relevante uitspraak:

- HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558, ARB 1949, p. 788, Gst. 5006, 3 (Doetinchemse woonruimtevoordering)

Belangrijkste overwegingen kernuitspraak:

‘Bij art. 3:4, tweede lid, van de Awb is bepaald dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Met dit tot het bestuur gerichte voorschrift heeft de wetgever niet beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren ten opzichte van de rechtspraak, zoals die zich had ontwikkeld onder vigeur van onder meer art. 8, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet Arob. Uit de memorie van antwoord blijkt ook dat met de formulering van art. 3:4, tweede lid, Awb, met toepassing van een dubbele ontkenning (‘niet onevenredig’), is beoogd de rechter te nopen tot terughoudendheid bij de toetsing van de belangenafweging door het bestuur.

De rechtbank had zich dienen te beperken tot de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen, dat moet worden geoordeeld dat appellanten sub 1 niet in redelijkheid tot verlening van de gevraagde vrijstelling hebben kunnen komen.’

28.1. De casus

Kwantum Nederland b.v. wil een winkel openen op het industrieterrein ‘De Veegtes’ in Venlo. Het geldende bestemmingsplan staat detailhandel op die plek niet toe, maar biedt wel de mogelijkheid dat vrijstelling van dat verbod wordt verleend door burgemeester en wethouders.

De vraag of B&W ertoe zouden moeten overgaan in dit geval een vrijstelling te verlenen, wordt gecompliceerd doordat er vergevorderde plannen bestaan om ter plaatse een ‘woonthemacentrum’ te vestigen. De gemeenteraad zal moeten oordelen over de bestemmingsplanwijziging die nodig is voor de vestiging van het woonthemacentrum. Als B&W intussen de vrijstelling aan Kwantum verlenen wordt de gemeenteraad, zoals de rechtbank het formuleerde:

‘althans voor wat betreft de inpasbaarheid van een Kwantumwinkel in dat woonthemacentrum, in het kader van de aanstaande bestemmingsplanprocedure voor een voldongen feit geplaatst en worden de in het kader van die procedure aan derden (...) toegekende procedurele waarborgen in zoverre illusoir.’

Niettemin verlenen B&W van Venlo de vrijstelling. Tegen dat besluit komen Maxis b.v., Praxis Vastgoed b.v. en Praxis Doe-het-zelf Center b.v. (kort gezegd: 'Maxis en Praxis') op. De procedure bij de rechtbank wordt door Maxis en Praxis gewonnen. De rechtbank acht het met name bezwaarlijk dat B&W door het verlenen van de vrijstelling een voorschot nemen op de binnen afzienbare tijd te verwachten besluitvorming door de gemeenteraad over het woonthemapcentrum. De rechtbank concludeert dan, dat de nadelige gevolgen van het besluit tot verlening van de onderhavige vrijstelling voor Maxis en Praxis onevenredig zijn ten opzichte van de met dat besluit te dienen doelen. Daarom vernietigt de rechtbank het bestreden besluit wegens strijd met het bepaalde in art. 3:4 lid 2 Awb. Uit het boven deze bespreking cursief weergegeven citaat blijkt al, dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de benadering van de rechtbank afkeurde. De rechtbank heeft, volgens de Afdeling, blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de betekenis van het bepaalde bij art. 3:4 lid 2 Awb voor de toetsing door de rechter van de uitoefening door het bestuur van een bevoegdheid als waar het hier om gaat.

28.2. Het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak

Het standpunt van de Afdeling bevat de volgende elementen:

- a. de Afdeling noemt art. 3:4 lid 2 Awb 'een tot het bestuur gericht voorschrift';
- b. de Afdeling geeft een wetshistorische interpretatie van art. 3:4 lid 2 Awb. De wetgever heeft met art. 3:4 lid 2 niet beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren ten opzichte van de toetsing van vóór de Awb. Het moet een terughoudende, 'marginale' toetsing blijven. De Afdeling gebruikt de term marginale toetsing niet, maar doelt daar onmiskenbaar op, onder andere doordat zij verwijst naar de dubbele ontkenning ('niet onevenredig') in de tekst van de bepaling zelf;
- c. de conclusie van de Afdeling is, dat als de rechter het gebruik van een discretionaire bevoegdheid toetst, de rechter zich moet beperken tot de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid dat moet worden geoordeeld dat het orgaan niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.

Met andere woorden: volgens de Afdeling heeft de invoering van art. 3:4 lid 2 Awb geen consequenties voor de rechter, omdat de bepaling bedoeld is voor het bestuur. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de rechter gewoon op dezelfde wijze moet blijven toetsen, en wel aan hetzelfde criterium als voorheen, namelijk aan het oude 'verbod van willekeur': het 'niet in redelijkheid hebben kunnen komen tot . . .'. Zoals bekend is dat de formule die door de Hoge Raad werd neergelegd in het arrest Doetinchemse woonruimteverbod (HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558 zie ook hierna, met name par. 28.4); een formule die als beroepsgrond in verschillende bestuursprocesrechtelijke regelingen terecht kwam, zoals in art. 8 van de Wet Arob.

Belangrijke uitzondering op de hoofdregel: evenredigheid bij punitieve sancties

Voor de goede orde: daarmee geeft de Afdeling de hoofdregel weer die de rechter bij toetsing van discretionaire bestuursbesluiten in acht moet nemen, maar: er is een belangrijke uitzondering. Als het gaat om de beoordeling van besluiten over punitieve sancties moet de rechter zelf beoordelen of evenredigheid bestaat tussen de ernst

van de overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie. Zie de uitspraak ABRvS 4 juni 1996, *RAwb* 1996, 110, *JB* 1996, 172, een uitspraak waarin de Afdeling niet alleen uiteenzette hoe de rechter ingeval van punitieve sancties hoort te oordelen, maar ook nog eens herhaalde dat dat een uitzondering vormt op de (in *Maxis en Praxis* geformuleerde) hoofdregel.

In onderlinge samenhang bezien bevestigen de uitspraken derhalve een klassieke leer: het evenredigheidsbeginsel, als rechterlijke toetsingsnorm, geldt alleen bij beoordeling van punitieve sancties. Voor het overige blijft het oude willekeurcriterium de maatstaf.

Tot het bestuur gerichte norm?

Is art. 3:4 lid 2 een tot het bestuur gerichte norm? Ja. De norm maakt deel uit van hoofdstuk 3 van de Awb, dat algemene bepalingen bevat over 'besluiten', en dus over hoe *het bestuur* dient te besluiten. Een dergelijke wettelijke bepaling over evenredigheid was nieuw, want de vóór de Awb bestaande regelingen kenden alleen aan art. 3:4 Awb verwante bepalingen die waren opgezet als *beroepsgrond*, en daarmee als toetsingsgrond voor de rechter. In zoverre stelt de Afdeling terecht vast, dat art. 3:4 Awb zich tot het bestuur richt. Maar daaruit mag niet worden afgeleid dat de norm zich *uitsluitend* tot het bestuur richt. Zoals de Afdeling zelf al opmerkt, is in ieder geval de dubbele ontkenning in de bepaling een boodschap aan de rechter. Deze boodschap beoogt de rechter op een afstand te houden. De bepaling geeft blijk van de worsteling die de Awb-wetgever heeft geleverd, toen deze bij het codificeren van de stand van het bestuursrecht heeft geprobeerd om eisen die in de jurisprudentie als toetsingsnorm waren ontwikkeld (en/of in de Wet Arob als beroepsgrond waren neergelegd) te vertalen in tot het bestuur gerichte handelingsnormen. De wetgever kon daarin haast niet slagen, juist omdat hij zich ook tot de rechter wilde richten. In art. 3:4 lid 2 zit eigenlijk een dubbele boodschap. De boodschap aan het bestuur is: 'u moet evenredigheid betrachten', en die aan de rechter is: 'u mag pas ingrijpen als die evenredigheid duidelijk zoek is'.

Geen intensivering van de toetsing: de toetsing moet 'marginaal' blijven

Het standpunt van de Afdeling, dat de wetgever geen intensivering van de rechterlijke toetsing heeft gewild, is onmiskenbaar juist. Er zijn verschillende passages in de parlementaire geschiedenis die deze stelling rechtvaardigen. Zo zegt de memorie van antwoord onder meer dat de reden voor een 'directere' formulering dan die van de willekeurformule is, dat de bepaling is geformuleerd als een norm die rechtstreeks tot het bestuur zelf is gericht, en vervolgt dan:

'Reden is dus niet, dat het gewenst zou zijn dat de rechtspraak zou komen tot een meer stringente controle van de bestuurlijke belangenafweging dan thans reeds het geval is' (PG Awb I, p. 212, punt 2.27).

En, op een andere plaats:

'Uit deze vergelijking moet de conclusie getrokken worden dat naar de bedoeling van het kabinet de taak van de rechter met het van kracht worden van art. 3.2.3 [dat in de Awb art. 3:4 is geworden, BdW] tweede lid niet verandert. Het belang van die bepaling in vergelijking

met art. 8 eerste lid onder c, van de Wet Arob (en gelijklopende andere wetten) is, dat de norm positiever en helderder als een voorschrift voor het besluitvormend bestuursorgaan wordt geformuleerd en niet slechts als toetsingsmaatstaf voor de rechter' (PG Awb I, p. 213, slot punt 2.77).

28.3. Marginale toetsing

De rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten moet dus een 'marginale toetsing' blijven, waar het gaat om de vraag of het bestuur een rechtens aanvaardbare beleidskeuze heeft gemaakt bij het afwegen van de relevante belangen. Maar, wat is 'marginale toetsing' eigenlijk?

Ingeval aan een bestuursorgaan discretionaire bevoegdheid toekomt (anders gezegd: als er beleids- of beoordelingsvrijheid bestaat voor het bestuursorgaan), moet de rechter terughoudend toetsen. De rechter moet dan niet zelf de vraag beantwoorden waar het bestuursorgaan voor gesteld was, maar zich beperken tot een controle of het bestuursorgaan die vraag mocht beantwoorden zoals het heeft gedaan. Een dergelijke benadering leidt tot een afstandelijke toetsing. De toetsende instantie gaat er dan van uit dat bij toepassing van het betreffende wettelijk voorschrift meerdere aanvaardbare uitkomsten mogelijk zijn en grijpt pas in, als het bestuursorgaan een uitkomst kiest die niet binnen de gegeven grenzen gedaan kan zijn. In het verleden werd dergelijke toetsing wel aangeduid als toetsing met hantering van het 'objectiveringsbeginsel': bij de toepassing zijn 'subjectieve' verschillen mogelijk en aanvaardbaar, want verschillende, redelijk denkende, personen zouden bij toepassing van de bepaling tot verschillende resultaten kunnen komen. De grens ligt op het punt waar een uitkomst is gekozen die 'objectief gezien' niet meer aanvaardbaar is. De rechter brengt de afstandelijkheid waarmee hij toetst in principe ook tot uitdrukking in de formulering die hij bij zijn beoordeling hanteert: de rechter zal bijvoorbeeld niet zeggen dat de door het bestuur gekozen beslissing 'juist' (of bijvoorbeeld 'redelijk') is, maar alleen dat die beslissing 'niet onjuist' ('niet onredelijk') is. Ook de bekende willekeurformule drukt een dergelijke objectivering uit: als de rechter oordeelt 'dat het orgaan (...) in redelijkheid niet tot het bestreden besluit heeft kunnen komen', dan drukt hij daarmee uit dat het bestuur dat besluit niet had kunnen nemen als het maar enigszins redelijk had geredeneerd. Terugkijkend naar het Doetinchemse woonruimtevoorderingsarrest waarin de Hoge Raad de willekeurformule heeft geïntroduceerd (HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558): opvallend is, dat de Hoge Raad daar aan de zinsnede 'in redelijkheid niet tot de vordering heeft kunnen komen' toevoegt:

'en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad'.

Daar klinkt in door, dat de rechter niet moet ingrijpen als hij zelf vindt dat een besluit 'niet redelijk' is, maar pas als hij oordeelt dat, als een redelijk oordelend mens (wie dan ook) de betreffende belangen zou hebben afgewogen, hij nooit tot het betreffende resultaat had kunnen komen. H.D. van Wijk heeft voor deze wijze van toetsing de term 'marginale toetsing' geïntroduceerd (in: *Voortgaande terugtrek* (inaugurele rede VU), 1959, p. 3, ook opgenomen in: *Besturen met recht*, 's-Gravenhage 1974, p. 99 e.v.). Zoals de Afdeling in de Maxis en Praxis-uitspraak zegt, is de dubbele ontkenning karakteristiek voor marginale toetsing. Als een dergelijke dubbele ontkenning is gehan-

teerd is de toetsende instantie als het ware gedwongen niet een eigen oordeel te geven over de uitkomst waartoe toepassing van het criterium in de betreffende situatie had moeten leiden, maar pas in te grijpen als de voorliggende uitkomst redelijkerwijs niet het resultaat van toepassing van het betreffende criterium had kunnen zijn, hoe dit criterium dan ook wordt uitgelegd. Toegepast op het begrip 'redelijkheid' of 'evenredigheid': de rechter geeft geen oordeel over wat nu precies redelijk of evenredig geweest zou zijn, maar alleen over de vraag of in de door de ander gekozen oplossing de (elke) redelijkheid of evenredigheid ontbreekt. Toetsing via deze methode onderscheidt zich principieel van de toetsing aan de meeste andere maatstaven. Als de rechter bijvoorbeeld toetst of het zorgvuldigheidsbeginsel, of het motiveringsbeginsel, of het gelijkheidsbeginsel is geschonden, dan geeft hij wel een zwart-witoordeel: hij bepaalt dan zelf welke mate van zorgvuldigheid, motivering of gelijkheid rehtens nodig was geweest.

Kort gezegd komt dat op het volgende neer: marginale toetsing is een methode van toetsing die, in gevallen waarin de gegeven juridische context meebrengt dat verschillende uitkomsten rehtens aanvaardbaar zijn, wordt gebruikt om afstand te bewaren tot het oordeel van degene wiens beslissing men toetst. Dat gebeurt, doordat de beoordelende instantie erkent dat het primair aan degene wiens beslissing wordt getoetst is om de in het geding zijnde criteria toe te passen, en de beoordelende instantie aan de hand van de voorliggende uitkomst bepaalt of de beoordeelde instantie is gebleven binnen de marges die daarbij aan die instantie moeten worden gelaten.

28.4. Nog even terug naar 'Doetinchem'

Zoals gezegd is de willekeurformule door de Hoge Raad geïntroduceerd in het arrest over de Doetinchemse woonruimtevoordering, uit 1949. Daarmee werd een stap gezet in de ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid die van zo groot belang is, dat er alle aanleiding is om nadere aandacht te geven aan dat arrest. De zaak speelde zich af in een tijd, waarin nog lang geen overeenstemming bestond over in hoeverre de rechter een bestuursbesluit waarbij een discretionaire bevoegdheid was gehanteerd, mocht beoordelen. Wel was men het er ongeveer over eens dat de rechter zou kunnen ingrijpen als sprake was van 'misbruik van overheidsmacht', maar soms werd aangenomen dat daarvan praktisch alleen sprake kon zijn in geval van 'détournement de pouvoir', dat wil zeggen het gebruik van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is toegekend. Het arrest was bovendien extra spectaculair vanwege de omstandigheid dat het in het arrest ging om een woonruimtevoordering (een echtpaar werd door het bestuursbesluit verplicht een deel van hun woning af te staan voor bewoning door andere – door het gemeentebestuur aangewezen – mensen). Want de wet waarin de bevoegdheid voor woonruimtevoordering was neergelegd, de Woonruimtetwet 1947, bepaalde met zoveel woorden dat dergelijke vorderingen 'worden geacht een doelmatige verdeling van woonruimte te bevorderen. Tegenbewijs is voor de rechter in burgerlijke zaken niet toegelaten' (art. 32). Duidelijk was dus, dat de wetgever niet wilde dat de rechter zich zou buigen over de door het bestuur gemaakte beleidskeuzen. In de Doetinchemse zaak was dan ook niet alleen spanning tussen de rechterlijke en de 'uitvoerende' macht voelbaar, ook de verhouding van de rechterlijke tot de wetgevende macht was in het geding.

Men was het er in die tijd, zoals gezegd, niet over eens *in hoeverre* de rechter de uitoefening van een bestuurlijke discretionaire bevoegdheid mocht toetsen. Je kunt het ook iets anders formuleren: het was niet zo makkelijk uit te maken *hoe* de rechter dit zou kunnen doen, zonder afbreuk te doen aan de bestuurlijke bevoegdheid. Dat bracht mee, dat in de periode waarin het Doetinchemse woonruimtevoorderingsarrest werd gewezen, stevig werd gediscussieerd over de vraag hoe het beste rechtsbescherming kon worden geboden tegen de op gemeentelijk niveau genomen voorderingsbeslissingen (zie voor die discussie o.a. de jaargangen 1948 en 1949 van het Nederlands Juristenblad). De Woonruimtetwet 1947 was een regeling van noodrecht. Voordering van woonruimte was een ingrijpende maatregel, die bedoeld was om de grote woningnood die na de Tweede Wereldoorlog bestond te bestrijden. Het was buitengewoon gevoelige materie, waarin voor de betrokken burgers grote belangen op het spel stonden. Aan één kant was er het risico van 'vriendjespolitiek' of anderszins door onzuivere motieven ingegeven beslissingen. Aan de andere kant was er het probleem dat de rechter hier weinig bescherming kon bieden. Was het dan geen goed idee om de mogelijkheid van administratief beroep, op gedeputeerde staten, te verruimen? Het werd bepleit. De provinciale overheid zou zich in verregaander mate met de zaken kunnen bemoeien dan de rechter, en had een grotere distantie tot plaatselijke ontwikkelingen dan gemeentelijke organen. Daartegenover werd dan weer de vrees naar voren gebracht dat de besluiten van de provinciale autoriteiten mede door politieke motieven zouden worden ingegeven. Ook werd er op gewezen dat de procedurele gang van zaken in administratief beroep dikwijls nogal gebrekkig was. Hoe dan ook, we zien rond 1949 de uit de handboeken bestuursrecht bekende discussie die al aan het begin van de 20e eeuw was gevoerd zich herhalen. De discussie waarin Struycken (*Administratie of rechter?*, 1910) een grote rol heeft gespeeld. En we zien ook dat achter pleidooien om te kiezen voor administratief beroep de wens een rol speelde om de burger een betere bescherming te bieden. Dergelijke pleidooien hadden zeker niet alleen als achtergrond dat men niet wilde dat het bestuur voor de voeten werd gelopen. Het was niet zo vreemd dat administratief beroep werd bepleit. De rechter had nog nauwelijks geschikte instrumenten om bestuursbeslissingen op rechtmatigheid te beoordelen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur stonden nog in de kinderschoenen. Met de introductie van de willekeurformule is een belangrijke stap gezet (ook al werd in het arrest geoordeeld dat in deze zaak van dergelijke willekeur geen sprake was).

Waar kwam die formule vandaan? Ik vermoed uit Engeland. De formule lijkt sterk op die uit een Engels arrest uit 1948, het 'Wednesbury-arrest' (*Associated Provincial Picture House v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223). En eerder waren in Engeland al vergelijkbare formuleringen gehanteerd. Die waren voor de Nederlandse rechtswereeld toegankelijk via het proefschrift van J.J. Boasson (*De rechter tegenover de vrijheid der administratie*, Groningen 1911. Zie de bespreking daarvan in het fraaie proefschrift van P. Nicolai, *Beginnelen van behoorlijk bestuur*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1990, p. 36).

28.5. Hoe belangrijk is deze uitspraak?

In de uitspraak 'Maxis en Praxis' heeft de rechter vastgesteld dat de Awb geen verandering heeft gebracht in de manier waarop de bestuursrechter de toepassing van discretionaire bevoegdheden tegemoet dient te treden. Uit het bovenstaande bleek bovendien, dat de geschiedenis van de Awb de rechter in die opvatting ook duidelijk steunt. Is de Maxis- en Praxisuitspraak dan eigenlijk wel zo belangrijk, of zelfs überhaupt interessant?

Toch wel. Er bestond wel enige onzekerheid over hoe art. 3:4 Awb moest worden uitgelegd. Want, al stond ook in de memorie van toelichting al (en dus niet alleen in de hierboven geciteerde memorie van antwoord aan de Tweede Kamer), dat de bepaling de bedoeling had om het willekeurverbod te codificeren, daar stond bij, dat de bepaling er tevens toe strekte het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en 'het evenredigheidsbeginsel' te codificeren. En omdat de tekst van de bepaling nu eenmaal spreekt van een verbod van 'onevenredigheid', was de vraag gewettigd hoe de bepaling in de rechtspraak zou worden geïnterpreteerd. Hoe zou de rechter die (on)evenredigheid gaan invullen? Er bestond immers al een 'evenredigheidsbeginsel', dat werd gehanteerd bij de toepassing van sancties. In het kader van dat evenredigheidsbeginsel vond juist een weinig terughoudende toetsing plaats. Weliswaar draagt het criterium 'evenredig' mogelijkheden voor verschillende appreciatie in zich (omdat bepaalde gewichten moeten worden toegekend aan de ernst van de overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie), en mag van de rechter worden verwacht dat deze het bestuur niet op de vingers zal tikken als de rechterlijke appreciatie een nuance anders uitvalt dan die van het bestuur, maar toch past volgens de heersende leer bij het onderzoek naar evenredigheid ingeval van sancties dat de rechter zich zelf een oordeel vormt over wat in de gegeven situatie evenredig is. Wel een toetsing waarin enige afstandelijkheid zit, maar geen marginale toetsing derhalve. (Vgl. voor de pre-Awb-periode bijvoorbeeld ARRvS 15 maart 1989, AB 1990, 229 (m.nt. J.H. v.d. Veen): in die uitspraak wordt de formulering gebruikt dat 'er evenredigheid moet bestaan tussen ... en ...' en wordt dus niet zoiets gezegd als: dat de evenredigheid niet zoek mag zijn, en evenmin wordt een dubbele ontkenning gehanteerd.)

Daarbij kwam, dat van verschillende kanten bezorgdheid bestond of de rechter zich niet te intensief bemoeide met verantwoordelijkheden van het bestuur. Dat was eigenlijk al zo vóór invoering van de Awb, maar vooral vrij kort daarna is die zorg met name van bestuurlijke zijde op scherpe wijze naar buiten gebracht. (Zie het themanummer van het *NTB* van januari 1997, naar aanleiding van het op 7 november 1997 aan de KUB gehouden symposium 'Openbaar bestuur in de knel door rechtspraak?'; het rapport *Bestuur in geding* van de werkgroep Van Kemenade [provincie Noord-Holland, november 1997], dat tot zeer veel reacties leidde, waaronder dzz. 'Knellend bestuursrecht', *NTB* 1998, p. 60-65.) De boodschap die de Afdeling bestuursrechtspraak in 'Maxis en Praxis' afgaf, verschaftte duidelijkheid op een punt waar behoefte aan duidelijkheid bestond.

28.6. Toch nog reden voor kritiek: het einde van 'het' evenredigheidsbeginsel?

Het belang van terughoudende toetsing van bestuurlijke beleidskeuzes, inclusief het overeind houden van de methode van de marginale toetsing, staat buiten kijf. Toch is de uitspraak mijns inziens op twee punten teleurstellend. Beide punten hebben te maken met de vraag hoe de rechter een juridische controle zou moeten verrichten van discretionaire bestuursbesluiten. Ten eerste betreft dat de invulling van 'het' evenredigheidsbeginsel; en in de tweede plaats de vraag of de Afdeling – los van de betekenis van de evenredigheidstoetsing – niet explicieter had moeten reageren op hetgeen de rechtbank kennelijk als juridisch tekort in het bestreden bestuursbesluit had aangemerkt.

Exit evenredigheidsbeginsel

De visie op 'het evenredigheidsbeginsel' die de Afdeling etaleert is tamelijk helder: de rechter moet zich in het kader van de willekeurtoetsing richten op het resultaat van de belangenafweging, en vandaar af als het ware terugkijken, om te beoordelen of een wanverhouding bestaat tussen de in het geding zijnde relevante belangen. Eigenlijk komen de termen 'evenredigheid' en 'evenredigheidsbeginsel' als het aan de Afdeling ligt alleen aan de orde waar het punitieve sancties betreft. Daarmee wordt aan de parlementaire geschiedenis van art. 3:4 Awb toch wel enigszins tekort gedaan. Men zou in die geschiedenis ook een duidelijke aanwijzing kunnen vinden dat de wetgever bedoeld heeft er ruimte voor te laten dat ook buiten het terrein van de sancties een evenredigheidsbeoordeling – in de zin van een beoordeling van de verhouding tussen doel en middel – zou worden ontwikkeld. De memorie van toelichting op art. 3:4 Awb zegt daarover:

'Toespitsing van art. 3.2.3 tweede lid, op onevenredigheid tussen doel en middel biedt tevens een oplossing voor het hiervoor aangegeven probleem, dat de zogenoemde c-grond, zich in de redactie waarin zij in de wetgeving betreffende administratieve rechtspraak voorkomt, niet leent voor opnemings in de Awb. De vaststelling dat niet voldaan is aan het vereiste van een redelijke doel-middelverhouding is immers iets anders dan de (buiten de taak van de rechter gelegen) beoordeling, welke inhoud van een bepaalde beschikking redelijk is' (PG Awb I, p. 211).

Met andere woorden: de vaststelling dat niet voldaan is aan het vereiste van een redelijke doel-middelverhouding is *niet* buiten de taak van de rechter gelegen, anders dan de vaststelling welke inhoud van een bepaalde beschikking redelijk is. De toelichting sluit af met de volgende passage:

*'Een en ander leidt tot de conclusie dat het mogelijk en zinvol is, in de wet een evenredigheidseis op te nemen die een ruimer toepassingsbereik heeft dan de disciplinaire strafoplegging, bedoeld in art. 58 derde lid van de Ambtenarenwet 1929. Het evenredigheidsbeginsel ('according to which the means used by the authorities must be in proportion to their purpose'; zie H.G. Schermers, *Judicial protection in the European Communities*, derde druk, Deventer: 1985, p. 65) heeft in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen eveneens toepassing gevonden en wel in gevallen dat aan belanghebbenden lasten worden opgelegd. In de Duitse en de Franse administratieve rechtspraak wordt ook aan evenredigheid getoetst, zij het dat de Duitse rechter daarin verder gaat dan de Franse' (PG Awb I, p. 211).*

Hoewel in de van de kant van de regering geproduceerde parlementaire stukken veel verwijzingen staan naar de noodzaak voor de rechter om het resultaat van een belangenafweging marginaal te blijven toetsen, geeft deze passage aan dat de wetgever wel degelijk heeft gedacht aan een rechterlijke controle van de doel-middelverhouding. Het proefschrift van De Moor-van Vugt (*Maten en gewichten; het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. KUB), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1995) heeft naar mijn mening aangetoond dat het mogelijk is toetsingscriteria voor de hantering van discretionaire bevoegdheden verder te operationaliseren dan in de klassieke willekeurformule. Die formule ziet immers alleen op wat De Moor noemt de 'evenredigheid in concreto', doordat alleen het resultaat van de bestuurlijke belangenafweging wordt onderzocht. Door schematisering van de wijze waarop bestuurlijke besluitvorming behoort te verlopen geeft De Moor een analyse die meer beoordelingspunten voor de rechter oplevert dan alleen de 'evenredigheid in concreto' (zie voor dat schema a.w., p. 267). De methode waarmee de rechter een beoordeling op 'evenredigheid' kan verrichten brengt mijns inziens zeker niet automatisch mee dat de toetsing een minder terughoudend karakter verkrijgt. De rechterlijke toetsing kan een marginale blijven (en de eeuwige vraag: hoe marginaal is marginaal? blijft ook na het proefschrift van De Moor actueel).

Toch juridische gebreken aan het bestreden besluit in de casus van Maxis en Praxis?

Het oordeel van de rechtbank in de Maxis en Praxiszaak kan mijns inziens heel wel worden opgevat als een toepassing van een evenredigheidsbeginsel, in de zin van een controle van een doel-middelverhouding. Je zou kunnen zeggen dat de rechtbank eerst de bevoegdheid heeft beoordeeld. Dat was een vrijstellingsbevoegdheid, dat wil zeggen, een bevoegdheid om uitzonderingen te maken en dus niet een bevoegdheid waarvan door de (lagere) regelgever is bedoeld dat deze in de regel begunstigend zal worden gehanteerd, mits aan een aantal formaliteiten is voldaan. Bovendien is het een bevoegdheid die enige spanning oplevert met het in de wet in formele zin voor belangrijke ruimtelijke maatregelen neergelegde besluitvormingspatroon – zowel wat betreft de vraag welk orgaan het primair voor het zeggen heeft, als wat betreft de garanties voor inbreng van belanghebbenden. In de casus zou het resultaat van het verlenen van de vrijstelling betekenen dat de gemeenteraad bij het vormgeven van de in ontwikkeling zijnde plannen voor een *fait accompli* zou worden gesteld. Kennelijk heeft de rechtbank in de context van de bevoegdheid en de gegeven situatie reden gezien te oordelen dat het juridisch onjuist was om op dat moment gebruik van de vrijstellingsbevoegdheid te maken.

Mij lijkt dit een goed te verdedigen rechterlijk standpunt. Men kan een dergelijke beoordeling wel intensiever noemen dan een marginale toetsing op willekeur, maar het is niet een beoordeling waarbij de rechter als het ware zelf de waardering van voor- en nadelen van het resultaat van de bestuurlijke besluitvorming verricht. Integendeel: de uitspraak van de rechtbank beoogde nou juist veilig te stellen dat het bestuur zelf (maar dan: het geëigende orgaan, in de geëigende procedure) de gewenste ruimtelijke ordening zou bepalen. Het probleem is echter, hoe dat standpunt in termen van een vernietigingsgrond gegoten moet worden. De rechtbank koos er voor het te wringen in de terminologie van art. 3:4 Awb: de nadelige gevolgen zijn *voor Maxis en Praxis* onevenredig ten opzichte van de met dat besluit te dienen doelen. Daar

sprong de Afdeling bovenop, met de boven besproken stellingname over de willekeur-formule. Maar de gretigheid waarmee de Afdeling dat deed maakt het onzeker, dat de Afdeling daarmee werkelijk (impliciet) de zojuist weergegeven redenering van de rechtbank heeft willen afwijzen. En dat is jammer, omdat wij nu niet weten waarom.

Had de rechtbank de vernietigingsgrond beter anders kunnen kiezen of formuleren? In zijn naschrift bij de Maxis en Praxisuitspraak in De Gemeentestem (*Gst.* 1997, 7053, 9) zegt Teunissen, dat de rechtbank volgens hem de conclusie had moeten trekken dat de vrijstellingsbevoegdheid is gebruikt in strijd met de wet, althans voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven, en de rechtbank dus had moeten vernietigen wegens strijd met art. 3:3 Awb. Mij lijkt ook dit niet helemaal voor de hand te liggen, zeker niet als men de tamelijk enge uitleg in ogenschouw neemt die in de jurisprudentie wordt gegeven aan art. 3:3 Awb (en zijn voorlopers in eerdere wetten). Maar met in de literatuur geformuleerde toetsingsgronden zou men een aardig eind komen. Bijvoorbeeld met het gebod van 'fair play', zoals dat aan de orde was in de casus van het klassieke arrest van de Hilversumse Kleuterschool (HR 28 juli 1951, *AB* 1952, p. 64); of met het verbod van détournement de procédure, dat al jaren figureert in de diverse drukken van het handboek van Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, zie in de 14e dr., 2008, hfdst. 7, nr. 25 (p. 306). En, zoals boven al gezegd: dat zou niet zo ver af staan van een, mede door Europees recht geïnspireerd, evenredigheidsbeginsel. Als in een bepaalde situatie meer dan één middel voorhanden is om een bepaald doel te gebruiken, mag het middel dat voor de bescherming van belangen van betrokkenen de meeste garanties biedt, niet worden gefrustreerd door inzet van het lichtere middel. Nieuw zou dan wel zijn, dat wordt erkend dat het evenredigheidsbeginsel niet alleen ziet op de inhoud van een bepaalde maatregel, maar onder omstandigheden ook een zekere procedurele invulling kan krijgen: de weg naar een voor Maxis en Praxis minder nadelige uitkomst was afgesneden doordat vrijstelling van het geldende bestemmingsplan werd verleend, in plaats van dat de door de wetgever voor het bepalen van de kaders van ruimtelijke ontwikkeling bedoelde – en in de gemeente al in gang gezette – procedure zou zijn gevolgd.

B.W.N. de Waard